En el momento de la formulación de la consulta debe partirse del nuevo régimen instaurado por el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, RGPD) y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

En efecto, como indica la Exposición de motivos de la Ley 3/2018 “la mayor novedad que presenta el Reglamento (UE) 2016/679 es la evolución de un modelo basado, fundamentalmente, en el control del cumplimiento a otro que descansa en el principio de responsabilidad activa, lo que exige una previa valoración por el responsable o por el encargado del tratamiento del riesgo que pudiera generar el tratamiento de los datos de carácter personal para, a partir de dicha valoración, adoptar las medidas que procedan”.

Por consiguiente, es el responsable del tratamiento el que debe cumplir con los principios que se recogen en el artículo 5 del RGPD, entre los que se encuentra, según lo visto, el de responsabilidad proactiva, recogido en su apartado 2, “el responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»)”. Y entre los principios del apartado 1 se encuentra el de “licitud”, recogido en su letra a), de modo que los datos personales serán tratados de manera lícita, regulando el artículo 6 las bases jurídicas que determinan la licitud del tratamiento. Por lo tanto, es al responsable del tratamiento al que le corresponde determinar la base jurídica que puede amparar el tratamiento correspondiente.

Un papel fundamental, en fin, dentro de este nuevo modelo de responsabilidad activa establecido en el Reglamento general de Protección de Datos lo desempeñará el delegado de protección de datos, que el Reglamento General regula en sus artículos 37 a 39. En particular, el artículo 37.1 a) impone obligatoriamente la designación de un delegado en los supuestos en que “el tratamiento lo lleve a cabo una autoridad u organismo público, excepto los tribunales que actúen en ejercicio de su función judicial”.

A su vez, el artículo 38.1 establece claramente que “El responsable y el encargado del tratamiento garantizarán que el delegado de protección de datos participe de forma adecuada y en tiempo oportuno en todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales” y el artículo 39.2 dispone que “El delegado de protección de datos desempeñará sus funciones prestando la debida atención a los riesgos asociados a las operaciones de tratamiento, teniendo en cuenta la naturaleza, el alcance, el contexto y fines del tratamiento”.

Finalmente, el artículo 39.1 enumera las funciones del delegado de protección de datos, entre las que se encuentran “”informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados que se ocupen del tratamiento de las obligaciones que les incumben en virtud del presente Reglamento y de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros” (apartado a), “supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento, de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros y de las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales, incluida la asignación de responsabilidades, la concienciación y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento, y las auditorías correspondientes” (apartado b) y “ofrecer el asesoramiento que se le solicite acerca de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos y supervisar su aplicación de conformidad con el artículo 35 (apartado c).

Asimismo le corresponde al delegado de protección de datos “actuar como punto de contacto de la autoridad de control para cuestiones relativas al tratamiento, incluida la consulta previa a que se refiere el artículo 36, y realizar consultas, en su caso, sobre cualquier otro asunto” (apartado e).

Por consiguiente, si el responsable del tratamiento tiene dudas sobre la base jurídica que pueda determinar la licitud de un determinado tratamiento deberá consultar a su delegado de protección de datos en los supuestos en que, como el presente, su designación es obligatoria, quien deberá prestarle el asesoramiento preciso.

Sólo en el caso de que el delegado de protección de datos tuviera dudas jurídicas sobre el asunto sometido a su consideración que no puedan resolverse con los criterios ya informados por la AEPD o por tratarse de cuestiones nuevas derivadas de la aplicación del nuevo régimen jurídico de protección de datos de carácter personal y que tengan un alcance general en el que resulte conveniente un informe que contribuya a la seguridad jurídica, podrá elevar dicho delegado consulta a este Gabinete Jurídico, acompañando

a dicha consulta su propio informe en el que se analicen detallada y motivadamente las cuestiones objeto de consulta.